



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C
CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C, primero (1) de abril del dos mil dieciséis (2016)

Radicación: 08001-23-31-000-1998-01406-02 (34.050)
Actor: NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA
Demandado: ELECTRIFICADORA DEL ATLANTICO – TERMORÍO
Proceso: ACCIÓN CONTRACTUAL
Asunto: RECURSO DE APELACIÓN

Contenido: Falta de legitimación en la causa para demandar la nulidad de un contrato Estatal. Nulidad de los contratos Estatales- Cláusula compromisoria y su carácter interpartes.

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por el demandante – Ministerio de Minas y Energía; la parte demandada – Electrificadora del Atlántico, ELECTRANTA; y por el Ministerio Público; contra la sentencia del 16 de noviembre de 2006, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante la cual se declaró probada la excepción de cláusula compromisoria y dispone que en firme dicha decisión, la parte actora tendrá un plazo judicial perentorio de tres meses a fin de iniciar el procedimiento necesario para que se convoque el tribunal de arbitramento nacional – institucional contemplado en dicha cláusula.

I. ANTECEDENTES

1. Lo pretendido



En demanda presentada el 06 de agosto de 1998¹ la parte actora pidió que se declarara la nulidad absoluta del contrato de suministro de Energía AL-019/97, celebrado el 20 de junio de 1997 entre la Electrificadora del Atlántico S.A E.S.P, ELECTRANTA y TermoRío S.A E.S.P, por ir en contravía al reglamento expedido por la CREG contenido en las resoluciones 024 de 1995 y 020 de 1996.

Mediante escrito de corrección presentado el 31 de mayo del 2001² el apoderado de la parte actora adicionó a la pretensión única de la demanda así: como pretensiones principales: (1) que se decrete la nulidad absoluta del otrosí No 1 suscrito en relación con el contrato AL-019/97, de junio 20 de 1997, firmado el 15 de enero de 1998, por haberse celebrado contra expresa prohibición legal y con abuso o desviación de poder; (2) que se decrete la nulidad absoluta de la cláusula compromisoria pactada en el otrosí de enero 15 de 1998, sobre la convocatoria de un tribunal de arbitramento internacional, por ser contraria a la ley; y como pretensiones subsidiarias, en caso que no prosperen las principales: (1) se declare inexistente el contrato AL-019/97 por carecer de un elemento esencial, la determinación de la cosa vendida y del precio; (2) que se declare que el otrosí No 1 del 15 de enero de 1998 es inoponible a ELECTRANTA por haber sido pactado por su gerente sin tener las facultades para hacerlo.

2. Los hechos en que se fundamentan las pretensiones

Electranta S.A, el 13 de enero de 1997 adelantó un proceso de solicitud de ofertas para compra de energía, TermoRío presentó su oferta el día 5 de mayo de 1997, y el 20 de mayo de 1997, por medio de la resolución No 0082 se le adjudicó el Contrato de suministro de Energía.

El 20 de junio de 1997 se firmó el Contrato AL-019/97, que tenía por objeto el suministro por parte de TermoRío a Electranta, de la energía y potencia eléctrica suficiente para

¹ Folios 1 a 26 del c. No. 1.

² Folios 368 a 399 del c. No. 1.



atender las necesidades de ésta. Para efectos de este suministro, en el contrato se distinguía entre bloque base y bloque incremental de energía; por el primero se entendía una cantidad específica de energía equivalente 6.384.000 kwh/día; mientras que por el segundo se entiende la energía adicional requerida, calculada a partir de la curva de carga diaria, que consiste en la diferencia entre el valor del bloque base y la potencia máxima demandada.

Electranta, empresa comercializadora de energía eléctrica y prestadora de servicios públicos domiciliarios, al momento expedir los términos de referencia en el proceso de solicitud de ofertas, como al celebrar el Contrato de Suministro de Energía AL-019/97, forzosamente tenían que someterse a al reglamento expedido por la CREG y que está contenido en las resoluciones 024 de 1995 y 020 de 1996.

Sin embargo, se afirma en el libelo, que no aconteció así, pues los términos de referencia desconocieron el reglamento expedido por la CREG, en aspectos sustanciales, como:

1. No existió la igualdad de condiciones entre los proponentes, toda vez que en la sección 5.2 de los términos de referencia referente a los "Ajustes por cambios de Ley" se favorece a los proponentes que tengan plantas de generación o proyecten tenerla, beneficio que no está al alcance de los que solamente son comercializadores de energía, en la medida en que el beneficio consiste en que si la nueva ley aumenta o disminuye las utilidades del agente que es generador o proyecte serlo, en actividades como la construcción financiación de instalaciones necesarias para la ejecución del contrato, el mismo podrá renegociarse.
2. El quebranto de la igualdad que tenía que existir entre todos los proponentes, afirma la actora, trajo como consecuencia el desconocimiento de que el factor principal (o único) para evaluar las ofertas de venta o suministro de energía eléctrica, es el precio.



3. En la sección 2.8.4 de los términos de referencia correspondiente al “REPARTO DE BENEFICIOS, se estableció que para Electranta era importante que el precio ofrecido por los proponentes tuviera la característica de una tarifa techo, y así poder beneficiarse de las operaciones en bolsa de energía; con este propósito se introduce un factor adicional en la evaluación de las ofertas, en el entendido que se establece que el proponente deberá indicar para cada año de la duración del contrato, el porcentaje que otorga a Electranta como descuento en el precio horario de la energía suministrada, con respecto a la diferencia entre del precio ofrecido por el proponente y el valor que la energía suministrada tenga en “bolsa de energía”, en la respectiva hora. Quebrantando así, según la parte actora, la igualdad, puesto que los únicos que podrían verse beneficiados serían los proponentes generadores y los comercializadores que tuviesen un respaldo de un generador; y se segregaría al denominado “comercializador puro”, es decir, aquel que ejecuta su actividad sin el respaldo de una generadora de energía.
4. Limita la posibilidad de presentar ofertas de suministros parciales de energía, en el entendido que en la sección 2.3 de los términos de referencia, establece que las ofertas de energía tendrán que ser continuas durante 24 horas del día y durante todo el término del contrato, prohibiendo así las propuestas de los proponentes que simplemente ofrecieran suministros parciales por cualquier cantidad de energía, sin llenar los requisitos señalados en la convocatoria.
5. Se viola la obligación de hacer convocatorias públicas para atender la demanda de energía eléctrica del mercado regulado, toda vez que en la sección 2.2 de los términos de referencia se establece que Electranta podrá convenir con él o los proveedores del bloque base, el incremento proporcional de la cantidad de energía por suministrar, omitiendo así la obligación que se tiene referente a las compras de electricidad que realicen las empresas comercializadoras o distribuidoras, destinadas a cubrir el mercado regulado, pues esto tendrá que hacerse mediante procedimiento que aseguren la libre competencia de oferentes.



6. Se viola la igualdad entre comercializadores, generadores y personas que pretendieran instalar plantas de generación, en el entendido que en el punto 2.5 de los términos de referencia se establece que el proveedor debe certificar haber entregado la totalidad de la energía correspondiente al bloque base contratada pero no demandada; según la parte actora, el hecho de tal imposición favorece a los agentes generadores en la medida que son los únicos que podrían en todo momento certificar la totalidad de energía entregada.
7. En el adendo No.2 a los términos de referencia, en concordancia con la cláusula 6.3.1 de los mismos términos, se afecta a aquellos oferentes que se presentan para suministros parciales de energía, ya que la diferencia entre la propuesta parcial y el bloque base se calcula con un precio igual al más alto precio ofrecido para el bloque base en el respectivo periodo.
8. El administrador del Sistema de intercambios comerciales – SIC, que es Interconexión Eléctrica S.A – ISA, ante quien tenía que registrarse el contrato de suministro de energía AL-019/97, se negó a hacerlo por irregularidades en el mismo, entre ellas, el establecimiento de condiciones indeterminadas para las cantidades de energía. El administrador concluye que el contrato no cumple “Con los requisitos exigidos por la CREG para el registro de contratos de Energía del sistema de intercambios comerciales”.

En conclusión, en el proceso de selección y, concretamente, en la convocatoria, se incurrió en violación de la regulación de la CREG, y se impidió, en consecuencia, la libre competencia en condiciones de igualdad, pues se dieron ventajas a algunos proponentes. Todo esto determinó el desconocimiento del objetivo fundamental, que era el de conseguir el menor precio, para beneficiar al usuario final del mercado regulado.



En relación a los hechos que sirven de fundamento a la demanda, en escrito de corrección se adicionan los siguientes:

El 15 de enero de 1998, el gerente de Electranta S.A E.S.P., sin autorización de la junta directiva, pactó un otrosí al contrato AL-019/97. Las principales modificaciones introducidas fueron las relativas a las prohibiciones de disponer de sus bienes o darlos en arrendamiento y de fusionarse, escindirse o transformar la naturaleza jurídica de Electranta; además, la modificación de la cláusula compromisoria, en virtud de la cual se someterían las diferencia surgidas del contrato, a la decisión de un Tribunal de Arbitramento Internacional, en lugar del nacional pactado en el contrato original.

Como se trataba de modificar un contrato cuya celebración había sido previamente autorizada por la junta directiva, se requería la autorización previa de la misma junta, como nunca se dio esa autorización, el gerente actuó con abuso o desviación de poder, lo que genera la nulidad absoluta de conformidad con lo dispuesto con el numeral 3 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

Al ser Electranta una empresa oficial de servicios públicos, el contrato AL-019/97 se clasificaría como un contrato estatal especial, el cual está sujeto a un régimen legal propio, como también a lo dispuesto por el artículo 70 de la ley 80 de 1993, el cual regula la cláusula compromisoria en los contratos estatales, y del cual se deduce que solamente si Electranta hubiera contratado con una persona extranjera habría podido someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal de Arbitraje Internacional.

Con relación a lo anterior y al ser TermoRío una persona nacional, las diferencia que surgieron del contrato estatal no podían someterse a la decisión de un Tribunal Arbitral Internacional. En consecuencia, la estipulación contenida en el otrosí es contraria a una norma de orden público trayendo consigo la incompetencia del Tribunal Internacional y generando la nulidad absoluta del mismo.



3. El trámite procesal

El Tribunal Administrativo del Atlántico mediante auto del 10 de diciembre de 1998, inadmitió la demanda por carencia de legitimación e interés del demandante para ejercer la acción de nulidad absoluta de un contrato del cual no es parte.

Apelado ese auto, el Consejo de Estado, en providencia de 9 de marzo de 2000 lo confirmó en todas sus partes.

La parte actora interpuso recurso de reposición, y mediante providencia del 8 de febrero de 2001, el Consejo de Estado repuso el auto del 9 de marzo de 2000, revocando así el auto del 10 de diciembre de 1998 y admitiendo la demanda; comoquiera que encontró legitimada a la Nación para incoar la acción de nulidad absoluta.

Mediante auto del 29 de mayo de 2001, el Tribunal Administrativa del Atlántico, dispuso obedecer y cumplir la providencia del 8 de febrero del 2001, proferida por la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado, a través de la cual se admitió la demanda.

En auto de 28 de junio de 2001 el Tribunal admite la corrección y adición de demanda, notificando el auto admisorio a las partes demandadas y al Procurador judicial. El asunto se fijó en lista.

En escrito de 4 de septiembre de 2001 Electranta mediante apoderado judicial da contestación a la demanda y a su corrección, aduciendo que las pretensiones invocadas deberán prosperar en la medida que se prueben las irregularidades que le dieron origen a la demanda.

Por su parte en escrito de la misma fecha TermoRío le dio respuesta al libelo, oponiéndose a las pretensiones formuladas, y subsidiariamente solicitó que en el caso



de decretarse la nulidad absoluta del contrato y su otrosí No.1, se condene a Electranta al pago de los perjuicios causados, tanto en la modalidad de lucro cesante, como de daño emergente. Además interpuso las denominadas excepciones de: "Falta de legitimación para demandar", "Falta de jurisdicción", "Cosa Juzgada", "Carencia de causales que den lugar a nulidad absoluta, así como de fundamentación jurídica", "Ineptitud sustantiva de la demanda", "La nulidad alegada no tiene origen en la vulneración de una norma de carácter legal sino en la protección de un interés económico", "Ausencia de responsabilidad de TermoRío", Electranta no puede ir contra sus actos propios", "Culpa Exclusiva de Electranta" y "Nulidad Parcial".

Después de decretar y practicar pruebas, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión, oportunidad que fue aprovechada por todos éstos.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

En sentencia del 16 de noviembre de 2006 el Tribunal Administrativo del Atlántico declaró no probadas las excepciones de Falta de Jurisdicción y carencia de legitimación; de otro lado declaró probada la excepción de cláusula compromisoria, por lo que concedió un plazo judicial perentorio de tres meses a fin de iniciar el procedimiento necesario para que se convoque el Tribunal de Arbitramento Nacional – institucional contemplado en dicha cláusula.

Para tomar estas decisiones el Tribunal expuso las siguientes razones:

En primer lugar, con respecto de las excepciones de falta de jurisdicción – por corresponder el asunto sub examine a los jueces civiles – y carencia de legitimación de la Nación para demandar la nulidad absoluta del contrato de suministro de energía, la Sala advierte que ya fueron puntos de derecho resueltos por el superior jerárquico y



funcional (Consejo de Estado), mediante el auto del 8 de febrero de 2001, en donde se estableció que:

“por tratarse de un contrato celebrado por una empresa de servicios públicos oficial a pesar de que su régimen jurídico es el derecho privado, debe ser controlado por la jurisdicción especializada para dirimir en que sea parte o tenga interés directo la administración, en la medida en que las exigencias del interés público así lo demanden (contratos estatales especiales).

Es claro que el señor Ministro de Minas y Energía, que ejerce la tutela y el control administrativo sobre la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica Corelca, que a su vez, ejerce la tutela administrativa, técnica y financiera de Electranta, en su coordinación con la política general del Gobierno Nacional, tiene interés jurídico para demandar la declaración de nulidad absoluta del contrato de suministro de Energía de que se trata, no solo en razón de la tutela, sino porque Corelca, empresa industrial y comercial del Estado, es titular del 88,25% de las acciones de Electranta”.

Razón por la cual la Sala del Tribunal, de manera imperativa debe acoger dicha decisión, pues está ejecutoriada. Lo contrario, sería desconocer la jerarquización de la jurisdicción contencioso administrativa y daría lugar a la causal de nulidad contemplada en el artículo 140-3 del C.P.C, modificado por el decreto 2282 de 1989, artículo 1 numeral 80.

Además de lo anterior el 4 de agosto de 1998, fecha en la que se presentó la demanda, ya la electrificadora del Atlántico E.S.P, había sido intervenida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Según la Resolución 00172 del 17 de marzo de 1998 y su liquidación fue ordenada en la Resolución 0720 del 19 de enero de 1999, por lo tanto la nación al deprecar la nulidad absoluta del contrato no hace cosa distinta que salvaguardar sus intereses económicos .



Advierte el Tribunal que aunque la superintendencia de servicios públicos domiciliarios asuma directamente en forma total o parcial las actividades que sean indispensables para asegurar la debida prestación del servicio, no lo habilitan a sustraerse de la cláusula compromisoria, en aquellos conflictos surgidos con ocasión de los contratos u otra obligaciones.

En segundo lugar, en lo que respecta a la excepción de cosa juzgada el Tribunal sostiene que dicho medio exceptivo fue planteado por TermoRío, bajo la premisa de que lo relativo a los aspectos constitutivos de una eventual nulidad absoluta del contrato de suministros y del otrosí No 1, incluyendo la validez de la cláusula compromisoria, ya fueron dirimidos por un Tribunal de Arbitramento, constitucional y legalmente investido como autoridad judicial, a través de una providencia ejecutoriada y en firme.

Dicho laudo arbitral al que se hace alusión, fue anulado mediante sentencia del 1º de agosto de 2002, expediente No 21.041, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, como consecuencia de la nulidad del Otrosí No 1 adiado el 15 de enero de 1998, en el cual se modificó la cláusula compromisoria pactada en el contrato, dado que el Tribunal Arbitral se sujetó al procedimiento de la Cámara de Comercio Internacional de París.

Antes de la modificación de dicha cláusula el Tribunal observa que inicialmente se había pactado otra cláusula compromisoria, y que esta no fue objeto de anulación por el Consejo de Estado, lo cual impone establecer, si hubo renuncia o no a la cláusula compromisoria, de lo cual concluyó que, TermoRío, al contestar la demanda tituló esta excepción como Cosa Juzgada, pero que de su contenido se puede colegir que implícitamente hizo referencia a la cláusula compromisoria pactada, pues la hizo descansar en que ya la jurisdicción arbitral había dirimido el conflicto entre las mismas partes por medio del laudo respectivo, antes de la fecha que este fuera anulado por el Consejo de Estado.



De tal manera que en lo referente a los diversos puntos de la presente Litis, entre otros, la validez del contrato de suministro de energía, prima la voluntad de sujetar la solución del presente conflicto a un Tribunal de Arbitramento que, tal como fue concebido en la cláusula primigenia, es de carácter nacional y de naturaleza institucional, y a la cual TermoRío nunca renunció.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Contra lo así resuelto la partes y el Ministerio Público interpusieron recurso de apelación, así:

1. Electrificadora del Atlántico S.A E.S.P, Electranta.

La parte demandada solicita que se revoque el numeral segundo del acápite Falla, toda vez que es ilegal y por lo tanto no es de recibo, ya que con esta decisión compromete a Electranta, en liquidación, la cual aparece como accionada o demandada. En otras palabras, se afirma que la Nación – Ministerio de Minas y Energía que es la demandante no tiene el deber legal de darle cumplimiento a una cláusula compromisoria, como lo ordena el fallo, ya que no aparece como entidad estatal contratante en el contrato y en el otrosí objeto de la Litis.

Además, solicita tener en cuenta el escrito que presentó como alegatos de conclusión el 1 de junio de 2004, en donde solicitó que se le exonere de toda responsabilidad y planteo un allanamiento a las pretensiones de la demanda.

2. Nación – Ministerio de Minas y Energía

La parte actora mediante recurso de alzada solicita que se revoque la sentencia del 16 de noviembre de 2006, y en su lugar se declare la nulidad absoluta del



contrato, de conformidad con las pretensiones de la demanda. En el entendido que:

- La Nación no fue parte en el contrato AL-019/97 y, en consecuencia, no estaba obligado por la cláusula compromisoria. Cuando demandó la nulidad absoluta del contrato, lo hizo como un tercero con interés directo en que aquella se declare.
- La cláusula compromisoria fue declarada absolutamente nula por el Consejo de Estado. Y si se pretendiera que al declararse nula la cláusula compromisoria pactada el 15 de enero de 1998, revive la incluida en el contrato original, tal tesis sería inaceptable. Las partes resolvieron la cláusula inicialmente acordada y ella no revive por la declaración que se haga de la que la remplazo.
- La excepción de cláusula compromisoria que el Tribunal declaró probada, nunca fue propuesta por TermoRío, y ella no puede ser declarada oficiosamente.

3. Ministerio Público

El Ministerio Público solicita mediante escrito de alzada que se revoque la decisión proferida por el Tribunal el 16 de noviembre de 2006, mediante la cual se declaró probada la excepción de cláusula compromisoria y se inhibió para dictar sentencia de fondo y en su lugar, disponga que existe merito para fallar de fondo de manera favorable a las pretensiones de la parte actora, en el entendido que:

Son las partes que celebran el pacto arbitral, contenido en una cláusula compromisoria o en un contrato de compromiso, aquellas que manifiestan su voluntad en torno a que un particular sea el encargado de dirimir la controversia existente entre aquellas. Por ende, los efectos y obligaciones que se derivan de la cláusula compromisoria, únicamente vinculan a quienes directamente



celebraron el negocio jurídico, sin que resulte válido afirmar que quien se subroga en los derechos y obligaciones de alguna de ellas (Ministerio de Minas y Energía) se encuentre cobijado por el pacto arbitral, ya que frente a éste último no puede predicarse que habilitó a particulares para que administraran justicia en el caso específico, o que tuvo voluntad de sustraer del conocimiento al juez administrativo la resolución del conflicto.

La parte actora demostró ser titular de un interés directo para actuar con legitimación en la causa por activa, que la habilitaba para demandar la nulidad absoluta de un contrato pues el Estado Colombiano, al interponer la acción, contaba “con una participación mayoritaria e intervención en empresas de servicios públicos en proceso de liquidación o transformación interesada en la liquidación de una empresa eléctrica en la que tiene acciones”, tal como lo aceptó el honorable máximo tribunal de lo contencioso administrativo en el auto del 8 de febrero de 2001.

Tampoco puede aceptarse que, por el hecho de la liquidación de la citada empresa, la actora se convirtió en parte contratante del contrato cuya nulidad absoluta se pretende, porque ella no intervino en ninguna de las etapas precontractual, contractual de formación del mencionado contrato, ni dio lugar al conflicto que motivó su intervención en el presente proceso, lo cual ratifica que, en todo momento, ha sido un tercero ajeno a las partes contratantes, pero con interés directo en las resultas del mismo, lo cual justifica la revocatoria de la providencia.

V. CONSIDERACIONES



Para resolver lo pertinente, la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por la parte actora, precisará el alcance de algunos los conceptos adoptados por el a quo como *ratio decidendi* para sustentar su decisión, junto a otros que la Sala estima necesarios para la decisión que habrá de tomarse, así: (1) La nulidad de los contratos estatales, (2) La cláusula compromisoria y su carácter interpartes. (3) Análisis del caso concreto. 3.1 La vinculatoriedad de la cláusula compromisoria a terceros. 3.2 Falta de legitimación para demandar la nulidad del contrato

1. La nulidad de los contratos estatales

El artículo 44 de la Ley 80 de 1993 dispone que el contrato estatal es absolutamente nulo por las mismas causas que se prevén en el derecho común y, en especial entre otros eventos, cuando se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional³ o con abuso o desviación de poder.⁴

Para que se configure la causal de nulidad prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, esto es que el contrato se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional es menester que haya una violación al régimen de prohibiciones y que esa prohibición sea explícita,⁵ razón por la cual no toda transgresión a una prohibición conduce a estructurar esta precisa causal aunque por supuesto habrá de configurar otra.

En este orden de ideas, si se desacata una prohibición genérica o una prohibición implícita del estatuto contractual, el contrato será absolutamente nulo por violar el régimen legal pero la causal no será la enlistada en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 sino una diferente según el caso.

³ Numeral 2º.

⁴ Numeral 3º.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, Expediente 15324.



En consecuencia, cuando la ley de contratación estatal dispone que debe observarse el principio de planeación, la elusión de este mandato comporta una transgresión al orden legal que conduce a la nulidad absoluta del contrato por ilicitud del objeto porque de acuerdo con el derecho común esto es lo que se configura en todo acto que contraviene al derecho público.

La nulidad absoluta puede y debe ser declarada de oficio cuando aparezca plenamente demostrada y no es susceptible de ser ratificada por las partes.⁶

La posibilidad de decretar oficiosamente la nulidad, si está plenamente demostrada y en el proceso están presentes todas las partes que celebraron el contrato nulo, es reiterada por el artículo 87 del C. C. A. en la nueva redacción que le dio el artículo 32 de la Ley 446 de 1998.

De otra parte, el estatuto contractual prevé la posibilidad de que el Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo pueda demandar la nulidad absoluta del contrato, en los términos previstos por el artículo 32 de la ley 446 de 1998. Sobre esta última posibilidad la Corte Constitucional ha dicho:

“Bien puede el Legislador, en ejercicio de sus competencias constitucionales, restringir esta acción a las partes, sus causahabientes, al ministerio público y al tercero que acredite un interés directo en el contrato, pues, si bien es cierto que la Constitución Política concede a todo ciudadano el derecho de interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la Ley (art. 40-6 C.P.), no lo es menos que el carácter público o popular de la acción de nulidad absoluta de los contratos estatales no deriva de la Carta Política. Entiende la Corte que “el interés directo” connota la legitimación que puede derivarse del hecho o circunstancia que lo vincula a la necesidad, no de promover un proceso para definir lo relativo a la nulidad, sino para intervenir en el mismo en razón de que las resultas pueden incidir, repercutir o afectar en cualquier forma o modo su situación e intereses, o el goce o efectividad de sus derechos -no sólo económicamente. Es obvio que dicho interés directo radica esencialmente en quienes intervinieron en el proceso licitatorio. Empero, no puede considerarse que el interés directo se circunscriba a esta sola circunstancia de representar un interés meramente patrimonial y exclusivo, porque, repárese bien, en que al demandarse la nulidad se protege igualmente el interés general.”

⁶ Artículo 45 de la Ley 80 de 1993.



“La restricción de la titularidad de la acción de nulidad absoluta de los contratos estatales a los terceros que demuestren un interés directo en el contrato, cumple una finalidad constitucionalmente relevante, en tanto cierra la posibilidad de que la acción pueda emplearse con intereses y finalidades ajenas a las que inspiraron su consagración legal. Se trata de un requisito razonable y proporcional que propende por hacer efectivo el derecho que tienen las partes del contrato a obtener una decisión definitiva de parte del juez contencioso; busca evitar que la acción se emplee con propósitos dilatorios o distintos de los que inspiran la acción de nulidad absoluta del contrato estatal y apunta a hacer efectivos varios principios de la administración de justicia. Por todo ello, esta Corte estima que antes que violar la Carta, el Legislador al expedir el precepto acusado, le ha dado cabal desarrollo a sus preceptos”⁷.

2 La cláusula compromisoria y su carácter interpartes.

La cláusula compromisoria, como es bien sabido, es una especie del género pacto arbitral, consistente en que las partes que celebran un contrato, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, disponen que los eventuales litigios que se presenten en el desarrollo de ese contrato serán conocidos por particulares investidos de jurisdicción.

Esto hace que la cláusula compromisoria tenga una fuerza vinculante restringida a las partes que la suscriben, pues no podrían éstas obligar a terceros, que eventualmente acreditaran un interés para demandar el contrato, a constituir un tribunal de arbitramento para el efecto.

Lo anterior es cierto, pese a la existencia del artículo 30 A del estatuto arbitral vigente para la fecha en que se celebró el contrato objeto del sub iudice, en el que se dispone:

“La intervención de terceros en el proceso arbitral se someterá las normas que regulen la materia en el Código de Procedimiento Civil. Los árbitros fijarán la cantidad a cargo del tercero por concepto de honorarios y gastos del tribunal, mediane providencia susceptible del recurso de reposición, la cual deberá ser consignada dentro de los diez días siguientes. Si el tercero no consigna oportunamente el proceso continuará y se decidirá sin su intervención”.

A propósito de esta norma la doctrina nacional ha manifestado que:

⁷ Corte Constitucional Sentencia, C-221 de 1999.



“No queda duda alguna que al ser regulada de manera expresa en norma separada la intervención de terceros, ahora se permite la presencia de ellos dentro el proceso arbitral, es decir queda abierta la posibilidad de intervención de personas a quienes se denuncia el pleito o llama en garantía, terceros excluyentes, y coadyuvantes, que son en esencia las que tienen esta calidad dentro de los procesos civiles de contenido declarativo, como lo es el proceso arbitral”⁸.

Obsérvese que en el momento en que se celebró el presente contrato, regía el código de procedimiento civil y con base en dicha codificación tenían condición de terceros el llamado en garantía y el tercero excluyente; pues estos ahora con las disposiciones del Código General del Proceso tienen la categoría de partes.

Es claro que las normas aplicables al sub judice son las de la época de suscripción del contrato celebrado entre Electranta y Termorío, es decir el código de procedimiento civil. En este orden de ideas Sala precisa que el hecho que se permita la intervención de terceros en el proceso arbitral, supone la existencia de dicho procedimiento en el cual podrían intervenir los terceros; pero de ninguna manera significa que personas ajenas al contrato puedan utilizar la cláusula arbitral para conforma el tribunal de arbitramento, pues esta facultad solo la tienen las partes que han celebrado el contrato que contiene la cláusula compromisoria.

Bajo las anteriores premisas, se ocupa ahora la Sala del:

3. Análisis del caso concreto.

3.1 Vigencia y vinculatoriedad de la cláusula compromisoria

Para efectos de analizar el caso concreto en primer lugar la Sala analiza el argumento expuesto por el tribunal en el fallo de primera instancia, según el cual la cláusula compromisoria original del contrato, cobró vigencia, después de que el otro si que la

⁸ Hernán Fabio López Blanco, Procedimiento Civil, Tomo 2, Novena Edición, Bogotá, 2009, pág. 214 y ss.



reformó fue anulado por El Consejo de Estado; en segundo lugar se examinara si puede imponerse a un tercero el deber de iniciar un proceso arbitral en el que no ha sido parte, so pretexto que pueda tener interés directo en la nulidad del contrato.

Sobre el primero de los citados aspectos, observa la Sala que erró el Tribunal, puesto que el “otro sí” que suscribieron las partes, en el que estipularon que el Tribunal arbitral debía regirse por el reglamento de conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional; por oposición a lo que habían estipulado originalmente en el momento de suscribir el contrato, constituyó una manifestación de la voluntad de la partes que no quedó condicionada, de manera que al desaparecer tal cláusula como consecuencia de su nulidad, declarada por esta Corporación, el contrato quedó sin cláusula compromisoria.

En efecto en el contrato de suministro de Energía AL-019/97 Sección 15.1 que regulaba el arbitramento se dispuso:

“Cualquier controversia o diferencia que ocurra entre las partes, relacionada con la celebración, interpretación, ejecución o liquidación del presente contrato, será resuelta mediante los mecanismos de conciliación, amigable composición o transacción, en un plazo no mayor de tres semanas. Si no se obtiene un acuerdo, cualquiera de las partes podrá acudir a un tribunal de arbitramento de acuerdo con lo dispuesto en las disposiciones contenidas en los Decretos 2279 de 1989 y 2651 de 1991 y con la Ley 23 de 1991 y demás normas que las modifiquen o reemplacen, El Tribunal tendrá su sede en la ciudad de Barranquilla, y estará integrado por tres árbitros colombianos, abogados titulados que fallarán en derecho. Los árbitros serán designados por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Barranquilla (...) El fallo, que será obligatorio para las partes, deberá producirse en un término máximo de tres meses”.

A su turno, en el Otrosí No. 1, se dispuso que la cláusula compromisoria, quedaría así:

“Cualquier controversia o diferencia que ocurra entre las partes, relacionada con la celebración, interpretación, ejecución o liquidación del presente contrato, será resuelta mediante los mecanismos de conciliación, amigable composición o



transacción, en un plazo no mayor de tres semanas. Si no se obtiene un acuerdo, cualquiera de las partes podrá acudir a un tribunal de arbitramento el cual se regirá de conformidad con el reglamento de conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio internacional. El Tribunal tendrá tres miembros designados por dicha cámara, y su sede será en la ciudad de Barranquilla. El fallo, que será obligatorio para las partes, deberá producirse en un termino máximo de tres meses”. [Subrayado de la Sala para identificar los cambios de la cláusula arbitral]

Como se determinó en precedencia, esta segunda cláusula fue declarada nula por el Consejo de Estado mediante sentencia de 1º de agosto de 2002. En consecuencia, el contrato dejó de tener una cláusula compromisoria, toda vez que la voluntad de las partes había sido que el Tribunal de arbitramento se rigiera por un reglamento internacional; el hecho que dicha cláusula haya sido declarada nula, no hace revivir la cláusula original, pues ello implicaría que el juez pudiese suplir la autonomía privada de los sujetos que celebraron del contrato.

Aunque eso sería suficiente para revocar la decisión del a quo, si en gracia de discusión la Sala admitiera que con la declaratoria de nulidad del “otro si”, recobró vigencia la cláusula compromisoria original; tampoco en ese evento sería procedente declarar la excepción de cláusula compromisoria como lo hizo el a quo, como quiera que dicha cláusula únicamente vincula a los sujetos que la suscribieron, en este caso a Electranta y a TermoRio; por tanto el Ministerio de Minas y Energía no está legitimado para iniciar un proceso arbitral, como se ordenó en el fallo que aquí se revisa, pues esta entidad no fue parte dentro del contrato y por lo mismo es ajena a la cláusula compromisoria. Lo máximo que podría hacer tal Ministerio, es a presentarse como tercero en ese hipotético proceso arbitral, lo cual supone que las partes que suscribieron la cláusula le dieran inicio al mismo.

Lo expuesto hasta aquí, permite a la Sala revocar la decisión de primera instancia; en consecuencia la Sala se ocupa de verificar si existe legitimación en la causa por activa por parte del Ministerio de Minas y Energía para pretender ante la jurisdicción la nulidad del contrato, y solo si se encuentra dicha legitimación, se ocupará del fondo del asunto.



3.2 Legitimación del Ministerio de Minas y Energía para pretender la nulidad del contrato.

El artículo 45 de la ley 80 de 1993, modificado por la el artículo 32 de la ley 446 de 1998, dispone que cualquier particular que acredite un interés directo podrá demandar la nulidad de un contrato estatal. A este respecto, en el auto proferido por el Consejo de Estado en el que se determinó que la competencia para conocer de este asunto le correspondía a la jurisdicción contencioso administrativa, pese a que tal providencia en nada se refería a la legitimación en la causa, se afirmó:

“Se indica en la demanda que “es claro, ... que el señor Ministro de Minas y Energía, que ejerce la tutela y el control administrativo sobre la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica Corelca (Decreto 2119 de 1992), que a su vez, ejerce la tutela administrativa, técnica y financiera de Electranta, en coordinación con la política general del Gobierno Nacional (artículo 60 de los estatutos de Electranta), tiene interés jurídico para demandar la declaración de nulidad absoluta del Contrato de suministros de Energía de que se trata, no sólo en razón de la tutela, sino porque Corelca, empresa industrial y comercial del Estado, es titular del 88,25% de las acciones de Electranta”(fl. 22 C.1)

Por su parte, en el recurso de reposición se afirma que “la Nación era socia mayoritaria de Electranta”, controlada por Corelca y ésta a la vez por la Nación Ministerio de Minas y Energía, razón por la cual al demandar la nulidad del contrato que celebró Electranta, no hace otra cosa que defender sus intereses “vale decir, los de la comunidad”, ya que “la nulidad cuya declaración se pretende, interesa directamente a la Nación y que ésta al pedirla, cumple la función prevista en la Constitución y en las leyes, de regular y controlar y vigilar los servicios públicos, en este caso, el de energía eléctrica, a más de pretender la salvaguarda de los intereses económicos de la propia Nación, derivados de su participación accionaria mayoritaria en Electranta” (fl. 306 C.1)

Para la fecha de presentación de la demanda (4 de agosto de 1998) por parte de la Nación – Ministerio de Minas y Energía – la Electrificadora del Atlántico empresa de servicios públicos, ya estaba intervenida por la superintendencia de servicios públicos domiciliarios (resolución 00172 del 17 de marzo de 1998), pero no se había ordenado su liquidación, lo cual ocurrió por orden de la resolución 0720 de 19 de enero de 1999.

El interés directo de la Nación además de su participación mayoritaria e intervención en las empresas de servicios públicos en proceso de liquidación o transformación – Corelca y Electranta – deviene de la tutela administrativa que ejerce sobre ellas”.



Al respecto, la Sala se aparta de esta manifestación hecha el 8 de febrero de 2001 por la Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, en providencia que se ocupaba de determinar si era procedente la admisión de la demanda por parte de la jurisdicción contencioso administrativa. Precisa la Sala que una cosa es la competencia de los jueces integrantes de esta jurisdicción para conocer del presente asunto; y otra muy diversa, que por demás no se debatía en aquél momento procesal, es la relativa a la legitimación del Ministerio para demandar la nulidad del contrato.

Debe señalarse que revisada con detenimiento la demanda, se observa con absoluta claridad que, contrariamente a lo afirmado por la Sección Tercera en su decisión del 8 de febrero de 2001, el Ministerio Carece de un interés directo para demandar la nulidad del contrato.

En efecto, Se sostiene en la demanda, en primer lugar, que el contrato debe ser declarado nulo por cuanto se vulneró la igualdad entre los proponentes, que a su vez garantizaba la libre competencia que debe regir el mercado de la energía. Son diversos los hechos en que se hacen consistir tal desigualdad, a saber: 1. La nulidad por vulneración a la igualdad de condiciones entre proponentes. Por: i) lo dispuesto acerca de los ajustes de ley. ii) El reparto de beneficios. iii) El precio de la oferta parcial de energía. iv) La necesidad de presentar una certificación de haber entregado la totalidad de la energía.

Por otra parte, en segundo lugar, se arguye que la nulidad también debe ser declarada por el límite impuesto a las ofertas parciales; por la omisión de las convocatorias públicas para la adquisición de más energía, toda vez que se previó que la misma se contrataría con Termorío; y finalmente, por la negativa del administrador de intercambios comerciales – SIC- a registrar el contrato.

Observa la Sala que respecto ninguno de estos motivos el Ministerio de Minas y Energía detenta un interés directo, puesto que en lo que se refiere a la igualdad de las



condiciones de los proponentes, es a uno de ellos a quien le hubiese correspondido alegar dicha nulidad; lo mismo ocurre en cuanto atañe en la supuesta nulidad por las ofertas parciales de energía y por las convocatorias públicas.

No puede sostenerse que ese interés directo se deriva de la condición de socio de Corelca en un porcentaje mayoritario de empresa Electranta, pues, en ese caso sería aquella persona jurídica quien estaría eventualmente legitimada para demandar la nulidad del contrato; tampoco puede derivarse un interés directo de la entidad actora por el estado de liquidación en que se encuentra Electranta, pues en ese caso el interés directo lo tendría la entidad pública encargada de tal liquidación; no el Ministerio, como equivocadamente lo manifestó la Sección Tercera en la providencia del 8 de febrero de 2001, ya citada.

Así las cosas, como lo ha sostenido esta misma Sección, en forma reiterada, *“los errores que comete el juez durante el curso de un proceso no lo atan y, por tanto, él puede y debe efectuar la corrección de los mismos, de manera oficiosa, en cuanto advierta su existencia”*⁹.

Al respecto, se ha considerado:

“Así las cosas, dado que se encuentra que la decisión aludida, fechada en agosto 30 de 2007 en realidad no se ajusta a las previsiones legales que regulan la materia atinente a las prelações para fallo, la Sala estima necesario y procedente revocarla, teniendo en cuenta para ello variados e importantes antecedentes en los cuales se ha concluido que los errores que comete el juez durante el curso de un proceso no lo atan y, por tanto, él puede y debe efectuar la corrección de los mismos, de manera oficiosa, en cuanto advierta su existencia.

Así se pronunció la Sala en el auto de julio 13 de 2000, expediente 17.583, con ponencia de la Consejera María Elena Giraldo Gómez:

‘Varias han sido las manifestaciones de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado sobre que “el auto ilegal no vincula al juez”; se ha dicho que:

⁹ Auto de 18 de octubre de 2007, exp. 28.131.



- que la actuación irregular del juez, en un proceso, no puede atarlo en el mismo para que siga cometiendo errores, porque lo interlocutorio no puede prevalecer sobre lo definitivo ⁽¹⁰⁾;
- que el error inicial, en un proceso, no puede ser fuente de errores ⁽¹¹⁾.

La Sala es del criterio que los autos ejecutoriados que se enmarcan en **la evidente o palmaria ilegalidad**, en este caso por ausencia de requisitos para declarar la existencia de título ejecutivo, al no constituir ley del proceso en virtud de que no hacen tránsito a cosa juzgada, por su propia naturaleza de autos y no de sentencias, no deben mantenerse en el ordenamiento jurídico.

Y afirma de esa manera, porque con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 la calificación de la República como un Estado de Derecho con Justicia Social tiene implicaciones, entre otros, en la Administración de Justicia.

No es concebible que frente a un error judicial **ostensible** dentro de un proceso, no constitutivo de causal de nulidad procesal ni alegado por las partes, el juez del mismo proceso, a quo o su superior, no pueda enmendarlo de oficio’.

En sentido similar pueden consultarse, entre otras providencias judiciales de importancia dictadas por esta misma Sala, el Auto de mayo 10 de 1994, expediente 8237, M.P. Dr. Carlos Betancur Jaramillo y el Auto de octubre 8 de 1987, expediente No. 4687, M. P. Dr. Antonio José de Irisarri Restrepo, así como también la providencia de marzo 23 de 1981, dictada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado Humberto Murcia Ballén¹². (Negrillas del original).

Ahora bien, en cuanto concierne a las otras pretensiones principales adicionadas en la corrección de la demanda, esto es la pretendida nulidad del otro sí suscrito entre Electranta y Termoría y la nulidad de la cláusula compromisoria establecida en ese

¹⁰ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 23 de marzo de 1981. Sala de Casación Civil. Reitera lo dicho en otras providencias, que pueden verse en la Gaceta Judicial LXX, 2; LXXVII, 51 y XC 330. Proceso Enrique A. Fuentes contra Herederos de José Galo Alzamora.

¹¹ Corte Suprema de justicia. Sala de Casación Civil. Auto de febrero 4 de 1981. Proceso abreviado suscitado por Juan de la Cruz Acevedo contra Magnolia Rosa Gómez. Consejo de Estado. Sección Tercera. Autos: a) de 8 de octubre de 1987. Exp. 4686. Actor: Sociedad Blanco y Cía. Ltda. Demandado: Municipio de Funza. b) de 10 de mayo de 1994. Exp. 8.237. Actor: Comunidad Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento.

¹² Auto de 18 de octubre de 2007, exp. 28.131.



mismo otro sí, la Sala se pronunciará individualmente así. Respecto de la primera de estas pretensiones, son válidos los argumentos expuestos para negar la pretensión de nulidad del contrato; y en lo que concierne a la cláusula compromisoria, obra prueba en el expediente que la misma fue declarada nula por la Sección Tercera de esta Corporación mediante sentencia del primero de agosto del 2002, por lo tanto respecto de ésta habrá de declarar probada la excepción de cosa juzgada.

Así las cosas, como aparece de manera evidente que el Ministerio de Minas carece de un interés directo para demandar la nulidad del contrato celebrado entre Electranta y Termorío, habrá lugar a declarar oficiosamente la excepción de Falta de legitimación de la parte actora y en consecuencia revocar la decisión del Tribunal.

En cuanto concierne a las pretensiones subsidiarias de inexistencia del contrato y de inoponibilidad del “otro sí” No. 1 del 15 de enero de 1998, es palmario que el Ministerio de Minas y Energía también carece de legitimación para incoarlas, pues para estas pretensiones ni siquiera el interés directo de un tercero le permite presentar la demanda, sino que es una atribución que corresponde de manera exclusiva a las partes que celebraron el contrato.

Por último, la Sala no encuentra en las pruebas aportadas al proceso, una causal de nulidad absoluta de las previstas por el artículo 44 de la ley 80 de 1993, que le permita declarar oficiosamente la nulidad del referido contrato, en los términos dispuestos por el artículo 45 de la misma legislación.

En mérito de lo expuesto, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE



REVÓCASE la sentencia del 16 de noviembre de 2006, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, y en su lugar se dispone.

PRIMERO: DECLÁRESE DE OFICIO la excepción de falta de legitimación en la causa por activa del Ministerio de Minas y Energía, para pretender la nulidad y la inexistencia del contrato celebrado entre Electranta y Termorío; así como la misma falta de legitimación para pretender la nulidad y la inoponibilidad del “otro sí” celebrado entre dichas entidades el 15 de enero de 1998; ello conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLÁRESE DE OFICIO, la excepción de cosa juzgada, respecto de la pretensión de nulidad de la cláusula compromisoria prevista en el “otro sí” suscrito el 15 de enero de 1998, entre Electranta y Termorío, puesto que tal nulidad ya fue declarada por esta Corporación el 1º de agosto de 2002.

TERCERO: Como consecuencia de las dos declaraciones anteriores, **NIÉGANSE** todas las pretensiones de la demanda.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y publíquese,

OLGA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrada

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado
Impedido

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente